ERÖRTERUNGEN

ÜBER

LEX 33 § 1 DIGESTORUM 7. 1

DE USUFRUCTU ET QUEM AD MODUM QUIS UTATUR FRUATUR.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

BEI DER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ERLANGEN

EINGEREICHT VON

FRITZ MAY

AUS MÜNCHEN.

MÜNCHEN 1886.

DRUCK VON KNORR & HIRTH.

ERÖRTERUNGEN

ÜBER

LEX 33 § 1 DIGESTORUM 7. 1

DE USUFRUCTU ET QUEM AD MODUM
QUIS UTATUR FRUATUR.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

BEI DER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ERLANGEN

EINGEREICHT VON

FRITZ MAY

AUS MÜNCHEN.

MÜNCHEN 1886.
DRUCK VON KNORR & HIRTH.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546420_0121

Erörterungen
zur l. 33 § 1 D. de usufr. et qu. qu. u. fr.

Text und Uebersetzung
der l. 33 D. de usufr. etc. 7. 1.

Si Titio fructus Maevio proprietas legata sit et vivo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur: et id Neratius quoque respondit.

„§ 1. Usumfructum in quibusdam casibus non partis [1]) effectum optinere convenit: unde si fundi vel fructus portio petatur et absolutione secuta postea pars altera quae adcrevit vindicetur, in lite quidem proprietatis judicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit Julianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus adcresceret."

Wenn dem Titius die Nutzung, dem Mävius das Eigenthum vermacht ist und Titius noch bei Lebzeiten des Testamentserrichters stirbt, so verbleibt bei dem eingesetzten Erben Nichts: so entschied auch Neratius.

---

1) Proprietatis ins.: certe ita verterunt Graeci (Mommsen Digesten) — Haloander, Ed. Fradin. von 1527, Baudoza und der Cod. Pand. Erlang. haben statt „partis" „proprietatis". Die Basilika Lib. XVI Tit. 1. L. 34 (bei Fabrotus T. II pag. 258) ergänzen zu „partis" „dominii" (Ἐν τισι θέμασιν οὐκ ἔοικεν ἡ χρῆσις τῷ μέρει τῆς δεσποτείας.) Gibt man daher nicht der Lesart proprietatis statt partis den Vorzug, so sind die Worte non partis effectum obtinere im Sinne der Basiliken zu erklären, im Zusammen-halte mit l. 4 D. 7. 1 Ususfructus in multis casibus pars dominii est . . . . und mit l. 25 D. 50. 16 — quia usufructus non dominii pars sed servitutis sit. — Schilling und Sintenis C. J. C. Bd. 1 S. 660 Anm. 28. Glück Bd. 9 S. 286 Anm. 47.

„§ 1. Dass der Niessbrauch zuweilen nicht die Wirkungen äussere, wie ein Theil des Eigenthums (wie das Eigenthum), steht fest: Denn wenn ein Theil eines Grundstückes oder einer Nutzung gerichtlich gefordert wird und Beklagter nicht verurtheilt wird, so steht, wenn nachher der andere Theil, welcher angewachsen ist, mit der dinglichen Klage verfolgt wird, im Streite um das Eigenthum die Einrede der entschiedenen Sache entgegen, im Streite um die Nutzung dagegen nicht, schreibt Julian, da der eine Theil des Grundstückes, wie angeschwemmtes Land, dem anderen Theile, die Nutzniessung jedoch der Person anwachse."

Einleitung.

Zwei Sätze in der l. 33 § 1 D. 7. 1 sind es, welche besonders interessant und einer eingehenden Erörterung bedürftig erscheinen: Der Anfangssatz und der Schlusssatz.

Der Anfangssatz weist schon durch seine Wortfassung auf die Frage hin — deren Beantwortung den Gegenstand der II. Erörterung bildet —: Wann äussert der ususfructus dieselben juristischen Wirkungen wie ein Theil[1]) des Eigenthums?

Der Schlusssatz drängt die heikle Frage auf: Wie konnten denn Julian und Papinian dem Satze „portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus adcresceret" durch Anführung desselben als Begründung zu dem in der Stelle enthaltenen Beispiele eine allgemeine Bedeutung für das Anwachsungsrecht beim Ususfructus- und Eigenthums-Legate beilegen, ohne mit dem Gedanken in Conflict zu kommen, dass es Fälle geben könne, in welchen der Eigenthumslegatar gerade in Folge der für das Vermächtnissrecht geltenden allgemeinen Grundsätze die anwachsende portio erwerbe, obwohl er seine frühere portio nicht mehr in seinem Eigenthum habe, indem er z. B. seine ursprüngliche portio an der Sache (nicht am Legat oder der Erbschaft) deliberante collegatario verkauft hatte, ja dass es sogar vorkommen könne, dass für den Eigenthumslegatar noch die Anwachsung wirksam werde, nachdem die Sache untergegangen, also überhaupt keine portiones mehr bestehen. Sollten Julian und Papinian diese Fälle bei Abfassung unserer Stelle übersehen haben? — Oder gibt es eine Erklärung für den Zusammenhang

---

1) Dass unter Theil des Eigenthums, Theil des ususfructus natürlich immer nur der ideelle Theil gemeint sein kann, versteht sich von selbst. (Windscheid, Pand. § 169a und Anm. 5 dortselbst.)

dieses allgemeinen Satzes mit dem in der Stelle vorausgehenden Beispiele, wonach die Geltung dieses allgemeinen Satzes auch für die eben erwähnten Fälle aufrecht erhalten werden kann?

Da der Versuch, diese Frage zu lösen, überhaupt die Veranlassung zu nachstehenden Erörterungen gewesen ist, so wurde in Nachfolgendem die Beantwortung der letzteren Frage unter I vorangestellt.

I. . . . quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus adcresceret.

Mit dem Satze „quoniam — adcresceret" wollen Julian und Papinian beweisen, dass in dem angeführten Beispiele Julian's in dem einen Falle die exceptio rei judicatae entgegenstehe, in dem anderen Falle nicht.

Der von diesen beiden Juristen als Beweismittel für das Julianische Beispiel angeführte Satz verdankt seine Entstehung gerade der verschiedenen Wirkung der Accrescenz beim Eigenthums- und Niessbrauchslegate. Er hat sich nach den Principien, die für das Anwachsungsrecht im Allgemeinen und speziell für das Anwachsungsrecht beim Ususfructuslegate damals galten, gebildet und wurde, wie aus dieser Stelle und wenigstens theilweisen Parallelstellen [1]) in den Digesten hervorgeht, als Rechtsregel von allgemeiner Geltung in den einzelnen Anwachsungsfällen befolgt.

Bevor nun seine specielle Anwendung auf das Julianische Beispiel besprochen wird, muss festgestellt werden: Welche Principien galten zur Zeit Julians und Papinians für das Anwachsungsrecht und wie erklärt sich aus ihnen die Entstehung der in der Stelle enthaltenen Rechtsregel?

---

[1]) l. 14 § 1 D. 44. 2 (Paulus libro LXX ad Edictum) Qui quum partem usus-fructus haberet, totum petit, si postea partem adcrescentem petat, non summovetur exceptione, quia ususfructus non portioni, sed homini adcrescit.

l. 10 D. 7. 2 (Ulpianus libro XVII ad Edictum) Interdum pars usufructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit: nam si usufructus duobus fuerit legatus et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam dumtaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum qui se liti obtulit, a possessore consequitur: pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis: ususfructus enim personae adcrescit etsi fuerit amissus. Interpretation d. St. siehe Keller, Litis contest. S. 177; Glück Bd. IX S. 293.

Im alten römischen Rechte konnte Accrescenz aus Legaten nur beim Vindicationslegate eintreten [1]). Voraussetzung für ihren Eintritt war, dass eadem res mehreren conjunctim oder [2]) disjunctim (also re et verbis oder bloss re conjunctis) in demselben [3]) Testamente vermacht worden war und dass einer dieser conjuncti wegfiel, ohne dass irgend ein Anderer selbstständig oder durch Transmission in das Recht des Ausgefallenen trat [4]).

Als Grundsatz hiebei galt, dass die Anwachsung stets ipso jure [5]), nothwendig [6]) (also auch wider Willen der nicht weggefallenen conjuncti) und sine onere [7]) statt fand; was in dem einen Satze „tota legata singulis data sunt" [8]) seine Erklärung fand.

Durch die Caducitätsbestimmungen der lex Julia et Papia wurde die Zahl der Fälle, in welchen Accrescenz eintrat, eingeschränkt [9]); an den Grundsätzen jedoch, welche für die Accrescenz nach altem Rechte galten, ist nicht das Geringste geändert worden, so dass also für die Zeit, aus welcher die l. 33 (ihrem Ursprung wie ihrer Citation nach) stammt, die eben aufgeführten Grundsätze für die Anwachsung aus Legaten galten.

Obwohl nun diese Grundsätze in gleichem Umfange für die Anwachsung bei Legaten überhaupt wie für die Anwachsung beim Legate des Ususfructus bestanden, so führte ihre Anwendung doch

---

[1]) Weiske, Rechtslexikon Bd. 1 S. 316: „Vermächtnisse, durch welche das Eigenthum oder demselben analoge Rechte unmittelbar vom Erblasser auf den Legatar übertragen werden, bei welchen allein also das alte Accrescenzrecht gilt, sind nur allein die legata per vindicationem, nicht aber die im Uebrigen gleichgestellten per praeceptionem." Cf. ibid. A. 211 u. 212.

[2]) Sind „re et verbis" und bloss „re conjuncti" vorhanden, so werden erstere als eine Person für sich betrachtet und haben diese daher auch ein Anwachsungsrecht unter sich. l. 34 pr. D. de leg. I.

[3]) Ausnahme für das väterliche Testament im Verhältniss zur Pupillarsubstitution und für mehrere testamenta militaria siehe Schneider, Anwachsungsrecht bei Legaten, Berlin 1837, S. 82 u. 83 und die dortselbst allegirten Stellen.

[4]) Siehe Schneider l. c. S. 84.

[5]) Siehe Schneider l. c. S. 74.

[6]) eodem S. 75.

[7]) eodem S. 78. Literatur für das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen siehe Schneider l. c. S. 2 u. ff.; Glück Bd. 48 § 1524 u. § 1524a.

[8]) Schneider l. c. S. 5 u. ff.

[9]) Eine vollständige Aufzählung der Fälle, in denen die Caducität nicht eintrat, sondern das alte Anwachsungsrecht fortbestand, findet sich bei Schneider l. c. S. 203—235.

bei dem Usufructus zu Erscheinungen, welche bei den übrigen Legaten nicht wahrzunehmen waren.

War in einem Legate unter den oben besprochenen Voraussetzungen Mehreren das Eigenthum an einer Sache vermacht, so konnte Accrescenz noch nach dem dies veniens, dem ipso jure [1]) Erwerbe [2]) des legatum Seitens der Legatare nie aber nach dem definitiven Legatserwerbe sämmtlicher Collegatare eintreten, das heisst: nachdem ein Legatar auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben hatte, dass er gegen den ipso jure Erwerb des Legates nicht protestire, dieser daher für ihn als definitiver Erwerb galt, so konnte zwar ihm noch der Legatstheil eines Collegatars, der dieses noch nicht zu erkennen gegeben hatte, accresciren, sein Legatstheil aber war von ihm definitiv erworben und von jeder Accrescenz an einen Collegatar auf Grund desselben Legates ausgeschlossen; waren daher sämmtliche Legatstheile definitiv erworben worden, so konnte von einer Accrescenz aus dem Legate nicht mehr die Rede sein [3]), die Schicksale der einzelnen Legatsportionen wurden von

---

[1]) Ueber die Streitfrage, ob der Eigenthumserwerb an der vermachten Erbschaftssache ipso jure stattfand oder erst durch die erklärte Annahme des Vermächtnisses von Seiten des Vermächtnissnehmers, der unzweifelhaft dasselbe ablehnen konnte, sich vollzog — siehe Glück Bd. 48 S. 264 u. ff. — Nach Gajus II § 195 nahmen die Sabinianer ersteres an. Ersteres war denn auch die Ansicht Julians, eines Anhängers der sabin. Schule, wie auch aus l. 81 § 6 D. de leg. I, hervorgeht. Glück eodem S. 287.

[2]) Unrichtig ist die Behauptung Vieler (Hellfeld, Pand. § 1525; Westphal, I, § 854; Thibaut, Pand. § 908), dass das Eigenthum an der in einem Vindicationslegate vermachten Sache (bzw. ein anderes dingliches Recht) sogleich mit dem Tode des Testators vom Legatar erworben wird. Glück Bd. 48 S. 205, 247: „. . . Dass das Eigenthum einer vermachten Sache des Erblassers vom Vermächtnissnehmer nicht erworben wird vor geschehenem Erwerb der Erbschaft, also nicht vor Antretung derselben, wenn es dieser zum Erwerb bedarf, nie sofort mit dem Tode des Erblassers, es sei denn, dass dadurch der Erwerb der Erbschaft ipso jure entschieden wird, das ist ein ganz sicherer Lehrsatz.“ 259, 264: „. . . Mit Recht also wird als Regel aufgestellt: Das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache wird dem Vermächtnissnehmer erworben, wenn dies legati vel fideicommissi cessit et venit, d. i. in Folge des unbedingten und durch keine Zeitbestimmung beschränkten Vermächtnisses sofort mit dem Erwerbe der Erbschaft, in Folge des bedingten, nicht vor Erfüllung der Bedingung, in Folge des unbedingten aber an eine bestimmte Zeit gebundenen Vermächtnisses erst mit Eintritt des bestimmten Zeitpunktes.“ Cf. Arndt's Pand. § 560; Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 954.

[3]) Legata temporalia waren vor der l. 26 Cod. 6. 37 ungiltig (irrita), jedenfalls legata ad diem; was die legata ex die betrifft s. E. A. Seuffert, das gesetz-

diesem Momente an nicht mehr durch den Willen des Erblassers, soweit er aus der letztwilligen Verfügung ersichtlich war, geleitet. Dabei galt für die Feststellung der aus der Concurrenz der Collegatare sich ergebenden einzelnen Legatsportionen als alleinig massgebend der Tag des ipso jure Erwerbes des legatum, der dies veniens [1]) d. i. der Tag des Erbschaftsantrittes.

Wurde eine portio sei es durch Repudiation (die von uns oben gedachte Protesterhebung) eines Collegatars, der seine portio noch nicht definitiv erworben hatte, sei es durch Deficienz der Bedingung (wenn nämlich einzelnen Collegataren bedingt legirt war) erst nach dem Tage des Erbschaftsantrittes faktisch accrescirbar, so galt sie doch als bereits am dies veniens [2]) accrescirt [3]) denn tota legata singulis data sunt.

---

liche Veräusserungsverbot bei Legaten S. 7; Glück Bd. 48 S. 261. — Durch Derelictiön Seitens eines Miteigenthümers konnte zwar auch beim Eigenthumslegate nach definitivem Erwerbe sämmtlicher Collegatare noch Accrescenz eintreten, aber dann accrescirte den anderen Eigenthumscollegataren als Miteigenthümern, nicht als Collegataren. Siehe hierüber Windscheid, Pand. § 169a N. 5.

[1]) S. Schneider l. c. S. 31.

[2]) Unter dies veniens ist hier der für die unbedingt Bedachten eintretende also der Tag des Erbschaftsantrittes, wenn ein solcher nothwendig war, gemeint.

[3]) Für Rückbeziehung der Accrescenz beim Vindicationslegate im alten Rechte: l. 17 § 1 D. 9. 2 (Ulpian). Si conjunctim duobus legetur Stichus et alter eorum occisum repudiaverit, puto conjunctum solum posse Aquilia agere, quia retro adcrevisse dominium ei videtur.

l. 35 eodem. . . . quia retro accrevisse dominium ei videtur.

l. 31. D. 29. 1 (Marcellus). Si miles Titio et Sejo servum legaverit, et eum Titius manumisisset deliberante Sejo, moxque is legatum omisisset, liberandum fore dico, quia et si heres servum alicui legatum interim manumisisset, deinde legatarius repudiasset, liber esset. Hiezu Schneider l. c. S. 78: „weil die Repudiation rückwärts wirkt, gestaltet sich jetzt die Sache so, dass der Manumittirende schon damals, als er dem Sklaven die Freiheit gab, auf dem Grunde des Accrescenzrechtes als alleiniger Eigenthümer hinterdrein erscheint, mithin auch die Freiheitserklärung vollkommen wirksam wird. . . .“ Würde man hier nicht Rückbeziehung annehmen, so würde der Sklave dem Erben verbleiben.

Siehe ferner Schneider S. 293; Thibaut, Pand. § 996; Puchta Pand. § 542, Mühlenbruch Pand. § 790.

Gegen die Rückbeziehung scheint l. 44 § 2 D. 38. 2 i. f. zu sprechen; „aber diese Stelle (sagt Windscheid, Pand. § 644 Anm. 8) gibt die gleiche Entscheidung auch für den servus postliminio reversus, es scheint hier eine strikte Interpretation der Worte des prätorischen Edictes ‚cum moritur libertus‘ (l. 3 § 20 eod.) vorzuliegen.“

Ein Anderes ergab sich beim Ususfructuslegate [1]). Vermöge der Natur des Niessbrauchs als eines höchst persönlichen, hienach durch Tod und jede capitis deminutio [2]) erlöschenden Rechtes, ferner eines erlöschender Verjährung unterliegenden Rechtes — konnte beim Niessbrauchslegate, wenn auch sämmtliche Collegatare ihre Legatsportionen schon definitiv erworben hatten, dennoch Accrescenz und zwar gerade auf Grund des Legates eintreten, ja sie musste sogar eintreten, da die sämmtlichen Collegatare wohl schwerlich jemals an einem Tage starben. Durch den definitiven Erwerb des Legates seitens der einzelnen Collegatare trat demnach beim Ususfructuslegate keine definitive Feststellung der Grösse und Zahl der einzelnen Legatsportionen der Collegatare ein, diese konnte sich vielmehr immer erst aus der Zahl der bei der jeweiligen Ausübung des Niessbrauchsrechtes concurrirenden Usufructuare ergeben und es verstand sich daraus von selbst, dass man hier nicht wie beim Eigenthumslegate für die Grösse und Zahl der einzelnen Legatsportionen die Zahl der an einem gewissen Tage bei der Ausübung Concurrirenden als massgebend bezeichnen konnte. Hier wurde der für die Accrescenz bei Legaten im Allgemeinen geltende Satz „tota legata singulis data sunt" in seiner obenerwähnten Wirkung der Rückbeziehung der Accrescenz beim Eigenthumslegate auf den dies veniens durch die speciell für das Ususfructuslegat bestehende Regel „ususfructus quotidie constituitur et legatur" [3]) alterirt. Der dies veniens war sonach für den Collegatar beim Ususfructuslegate nicht der Tag der definitiven Bestimmung der einzelnen Legatsportionen, sondern nur der Tag, an welchem sich die subjective Berechtigung des Legatars aus dem Legate zur Ausübung des Ususfructus, soweit es seine concurrirenden Conjuncti jeweilig gestatteten, entschied. Fiel daher, nach der definitiven Feststellung der subjectiven Berechtigung der einzelnen Collegatare durch den Eintritt des dies veniens, einer dieser Collegatare hinweg — sei es durch Untergang seiner subjectiven Berechtigung, sei es durch Unterbleiben oder Nichtausübung seines Rechtes

---

[1]) Ueber Anwachsungsrecht beim Vermächtniss des Niessbrauchs einer Sache siehe Glück Bd. 9 § 637a u. Bd. 48 § 1524a.

[2]) Seit justinianeischem Rechte § 3 J. 2. 4; l. 16 § 2 Cod. 3. 33 war die minima c. d. von dieser Wirkung ausgeschlossen.

[3]) l. 1 § 3 D. 7. 2. — ut Celsus et Julianus eleganter ajunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur.

auf die, durch die Zahl der am dies veniens oder seither bei Ausübung des ususfructus Concurrirenden festgestellte, ihm zukommende Minimalportio am Ususfructus — so accrescirte die, bisher dem nun Weggefallenen zugestandene, portio den übrigen Collegataren vermöge deren durch den dies veniens festgestellten subjektiven Berechtigung, ohne dass dabei von einer Rückbeziehung der Accrescenz auf den dies veniens die Rede sein konnte, denn das Recht der Collegatare auf die accrescirende portio wurde erst mit dem Augenblicke wirksam, in welchem derjenige, dem diese portio als sicherer Minimalantheil bei Ausübung des Ususfructus bisher zugestanden, wegfiel.

Diese verschiedentliche Wirkung der Accrescenz, wonach beim Ususfructuslegate auf Grund der durch den dies veniens festgestellten subjektiven Berechtigung des Collegatars Accrescenz **ohne** Rückbeziehung auf den dies veniens eintrat, beim Eigenthumslegate jedoch **immer** eine Rückbeziehung der Accrescenz auf den dies veniens stattfand, scheint mir die Veranlassung zur Aufstellung des Satzes portio portioni ususfructus personae accrescit als allgemeiner Rechtsregel gewesen zu sein.

Denn da die Accrescenz beim Eigenthumslegate im Augenblicke des ipso jure Erwerbes des Legates seitens der Collegatare stattfand, war es nicht anders denkbar, als dass hier portio portioni accrescirte; beim Ususfructuslegate konnte dagegen solange Accrescenz eintreten, als noch subjektiv aus dem Legate Berechtigte vorhanden waren, das Recht des Einzelnen aus dem Legate lebte durch jeden Accrescenzfall wieder neu auf, wenn auch schon die Ausübung desselben, soweit sie bisher dem Einzelnen möglich war, durch Schuld des Einzelnen unmöglich geworden war; die portio accrescirte dem Rechtssubjekte als solchem, sie accrescirte personae.

Behält man im Auge, wie die Entstehung des Satzes „quoniam— adcresceret" entwickelt wurde, so findet sich eine Beziehung desselben zum julianischen Beispiele, welche über alle in der Einleitung erwähnten durch diesen Satz hervorgerufenen Bedenken hinwegführt. Während die allgemein herrschende [1]) Ansicht dahin geht, dass der

---

[1]) Keller (Lit. cont. S. 278 u. ff.), Windscheid (die actio S. 98 u. ff.), Krüger (process. Consumption S. 170 u. ff.), Cujacius (Comment. zu Papinian's

exceptio rei judiatae in dem julianischen Beispiele gerade auf Grund des nachfolgenden Satzes als vermöge ihrer positiven Function in einem Processe über die anwachsende portio fundi entgegenstehend gedacht werden müsse, kommt man eingedenk der rückbezüglichen Wirkung der Accrescenz beim Eigenthumslegate zu dem Resultate, dass in dem julianischen Beispiele von keiner anderen Function der exceptio rei judicatae die Rede sein könne als von ihrer negativen Function. In dem julianischen Beispiele hat der klagende Eigenthumslegatar den ihm legirten Eigenthumsantheil (am fundus), der zur Zeit seiner Klage durch die in Aussicht

---

quaest. von 1595 S. 425 u. ff.) lassen alle bei Besprechung unserer Stelle die rückwirkende Kraft der Accrescenz beim Eigenthumslegate ausser Auge und nehmen die exceptio rei judicatae in unserem Beispiele als vermöge ihrer positiven Function entgegenstehend an. Windscheid l. c. behandelt unsere Stelle am eingehendsten. Bei Erörterung der Savigny'schen Ansicht, wonach, wenn ein Anspruch, der in einem früheren Processe als solcher entschieden worden, später als Voraussetzung eines anderen Anspruches vorgebracht wird, bei klageweiser Geltendmachung desselben die exc. r. j. in ihrer positiven Function entgegenstehen soll, spricht Windscheid der l. 26 § 1 D. 44. 2: „Item si fundo petito postea insula, quae e regione ejus in flumine nata erit, petatur, exceptio obstatura est" die Beweiskraft für diese Ansicht ab, indem er anführt, dass die Wirkung der exc. r. j. in dieser lex aus dem Satze sich erkläre, dass die Klage auf das Ganze die Klage auf den Theil ausschliesse, die exc. r. j. also hier nicht vermöge ihrer positiven Function entgegenstehe. Diese Erklärung sucht er zu erhärten durch Vergleichung der l. 26 cit. mit der l. 7 § 1. 3. D. h. t. 44. 2: „Si ancillam praegnantem petiero et post litem contestatam conceperit et peperit, mox partum ejus petam, utrum idem petere videar an aliud, magnae quaestionis est — —. De fructibus eadem quaestio est, et de partu; haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est, magisque est, ut ista exceptio non noceat." — Er zieht den Schluss: „Waren die Juristen der Meinung, dass hier in der l. 7 cit. die exc. r. j. nicht Platz greife, so darf, wenn nicht zwischen der l. 7 und der l. 26 ein directer Widerspruch bestehen soll, in der letzteren der Grund der Entscheidung nur darin gefunden werden, dass die Insel Theil des Grundstückes sei, nicht darin, dass das Eigenthum an der Insel das Eigenthum am Grundstücke zur Voraussetzung hat; denn auch das Eigenthum an der Frucht hat zur Voraussetzung das Eigenthum an der Hauptsache." Also muss in der l. 26 § 1 cit. die negative Function der exc. r. j. gemeint sein. Gleichwohl führt Windscheid bei der darauffolgenden Besprechung unserer l. 33 § 1 aus, dass im Accrescenzfalle beim Eigenthumslegate des Julianischen Beispieles die exc. r. j. in der That desswegen gegeben sei, weil über ein Recht geurtheilt worden ist, welches die Voraussetzung des jetzt geltend gemachten ist, — dass in unserer l. 33 § 1 demnach die positive Function der exc. r. j. gemeint sei. Die Entscheidung in l. 7 § 1. 3 cit. wird von Windscheid jetzt plötzlich ganz übersehen und doch ist nicht abzusehen, warum man sich weniger bemühen sollte, den Widerspruch der l. 7 cit. mit l. 33 cit. zu beseitigen als den

stehende Concurrenz seines Collegatars noch beschränkt war, gefordert, hinterher hat sich gezeigt, dass diese Concurrenz niemals zur Ausübung kam. Kläger hat mit Geltendmachung seines Eigenthumsantheils bereits sein volles Eigenthum an dem legirten fundus, das durch die in Ungewissheit stehende Concurrenz nur zusammengezwängt, eingeengt erschien, in litem deducirt und durch Judicat verloren, sein volles Eigenthumsrecht ist demnach schon consumirt; klagt er in der Folge nach Wegfall eines Collegatars den ihm accrescirenden Eigenthumsantheil noch besonders ein, so erscheint vermöge der rückwirkenden Kraft der Accrescenz die jetzige Klage

zwischen l. 7 und l. 26 cit. Windscheid hält eine andere Auffassung der l. 33 als die seine nach der Argumentation Papinian's nicht für möglich. Trotzdem kann er es nicht unterlassen, die Frage aufzuwerfen, warum Papinian nicht den natürlicheren Entscheidungsgrund in unserer Stelle geltend gemacht habe, dass „in dem zweiten Theil dasselbe Ganze gefordert wird, was in der Forderung des ersten Theiles bereits gefordert worden ist, da das Wesen des Anwachsungsrechtes eben darin besteht, dass dem Habenden nicht genommen, nicht darin, dass dem Nichthabenden zugelegt wird". (Er hält also auch die Annahme, dass man es hier mit der negativen Function der exc. r. j. zu thun habe, für die natürlichere.) Windscheid glaubt diese Frage dahin beantworten zu müssen, „dass Papinian dann auch für den Niessbrauch dieselbe Entscheidung hätte geben müssen, wie für das Eigenthum, da bei diesem das soeben bezeichnete Verhältniss geradeso stattfindet, wie beim Eigenthum". Aber aus der l. 14 § 1 cit. (siehe Seite 7 Anm. 1) geht ja doch hervor, dass durch die eigenthümliche Natur des Niessbrauchsrechtes, wie sie des Näheren oben besprochen wurde, eine solche Annahme, wie Windscheid sie aufstellen zu müssen glaubt, ausgeschlossen ist. In der l. 14 § 1 cit. ist eben die Wirkung der Accrescenz beim Ususfructuslegate als causa superveniens der Entscheidungsgrund. Aus dieser Stelle muss man argumentiren, dass, obgleich die erste Klage das Ganze zum Gegenstand hatte, die Klage auf den accrescirenden Theil dieses Ganzen beim Ususfructuslegate ausnahmsweise nicht ausgeschlossen ist, eben wegen der ausnahmsweisen Wirkung der Accrescenz beim Ususfructuslegate. Und wie ist diese Begründung in der l. 14 § 1 cit. ausgeführt? Mit fast denselben Worten, die als Argumentation in der l. 33 dienen. Die ausnahmsweise Wirkung der Accrescenz beim Ususfructus äussert sich eben am augenfälligsten darin, dass der Ususfructus der Person accrescirt, während der Eigenthumsantheil vermöge der Rückbeziehung seiner Wirkung immer gleich der portio accrescirt.

Auch Krüger loc. cit. schiebt den Worten „quia — adcrescit" in l. 14 § 1 cit. eine andere Bedeutung zu als den Worten „quoniam — adcresceret" in unserer l. 33. Im ersteren Falle soll bei ihm das „homini — adcrescit" ausdrücken, dass Accrescenz beim Ususfructuslegate causa superveniens begründe, dass, nach seinen Worten, die formelle Grundlage der exceptio ausgeschlossen sei; im zweiten Falle sollen die Worte „quoniam — adcresceret" auf die materielle Grundlage der exceptio r. j. hinweisen. Warum? weil sonst nicht einzusehen wäre, wie hier nach der Wirkung der exc. r. j. gefragt werden könne, da es sich hier um eine alia res

als Klage auf einen Theil von dem Ganzen, welches Gegenstand der früheren Klage war, es steht ihr daher die exceptio rei judiatae in ihrer negativen Funktion entgegen.

Anders musste sich die Entscheidung beim Niessbrauchslegate gestalten. Wenn hier ursprünglich derjenige, dem damals nur die partielle Ausübung des ususfructus zustand, sogar den ganzen Ususfructus gefordert hatte, so konnte einer weiteren Klage auf den accrescirenden Ususfructusantheil doch nicht die exceptio rei judicatae entgegenstehen, da die Accrescenz beim Ususfructuslegate nicht zurückbezogen wurde auf den Tag des Erwerbes der ursprünglichen portio und daher die Accrescenz, nachdem der Inhalt der intentio in Folge des Judicats nur insoweit nicht wieder zum Gegenstand eines neuen Processes gemacht werden durfte, als er schon vorher juristisch irgend begründet gewesen war, als superveniens causa galt. Es war daher klar, dass in dem Falle des Julianischen Beispieles bei einer Klage auf den accrescirenden Ususfructus von der exceptio rei judicatae nicht die Rede sein konnte.

Dass aber Julian und Papinian in der l. 33 § 1 D. 7. 1 durch ihre Argumentation auf das Entgegenstehen bezw. den Ausschluss der exceptio rei judicatae in ihrer negativen Function hinweisen wollten, scheint mir abgesehen von der Entstehungsart des allgemeinen Satzes »portio portioni ususfructus personae adcrescit«, wie sie oben dargestellt wurde, auch aus der Anwendung dieses Satzes in der l. 14 § 1 D. 44. 2 [1]) hervorzugehen. Hier ist allerdings nur vom Accrescenzfalle beim Ususfructuslegate die Rede, aber aus den Worten »ususfructus non portioni sed homini adcrescit« muss man unwillkürlich herauslesen, dass im Accrescenzfalle der l. 14 beim Eigenthumslegate die exc. r. j. entgegen stehen würde quia portio fundi portioni adcrescit. Dass hier nur an die negative Function der exc. r. j. gedacht sei, dafür stimmt die allgemeine Anschauung. Wenn man aber in diesem Falle unseren Argumentationssatz als Hinweis auf die negative Wirkung der exc. r. j. auffasst, so ist es doch zum Mindesten das Natürlichste, ihn auch in der l. 33 § 1 cit. in diesem Sinne zu verstehen.

---

handle". Muss man denn aber, ja kann man denn den accrescirenden Theil eine alia res nennen? Zur Antwort auf diese Frage, siehe das oben in dieser Anmerkung bei Erörterung der Windscheid'schen Ansicht Gesagte.

[1]) Siehe S. 7 Anm. 1.

Sobald man aber das »portio portioni adcrescere« in der l. 33 § 1 cit. vermöge der Rückbeziehung der Accrescenz beim Eigenthumslegate sich denkt, fällt die unbequeme Consequenz hinweg, welche diejenigen aus diesem Satze ziehen müssen, die ihn dahin verstehen, dass das Accresciren der portio beim Eigenthumslegate das Eigenthum der ursprünglichen portio noch im Augenblicke des Wegfalles des Collegatars zur Voraussetzung habe. Letztere müssen zu dem Schlusse kommen, dass Julian und Papinian bei Aufstellung des allgemeinen Satzes gänzlich übersehen haben, dass Fälle vorkommen können, in welchen gerade das Gegentheil von dem Sinne, den sie diesem allgemeinen Satze unterlegen, eintreten muss. So der Fall in l. 34 D. 9. 2 [1]); ferner Fall LV im 1. Heft der »Civilrechtsfälle für den akademischen Gebrauch« (München 1881, R. Oldenbourg): A und B sind hier als Collegatare mit einem Haus bedacht; bevor sich B über Annahme oder Ausschlagung ausgesprochen hat, veräussert A seinen Antheil und lediglich nur diesen an C. Hinterher repudirt B das Legat. Hier kommt es in Gemässheit der l. 36 pr. D. 9. 2 zur Accrescenz für A nicht für C. In beiden Fällen kommt es demnach nicht in Betracht, dass der den accrescirenden Theil Erwerbende beim Wegfall des Collegatars aufgehört hat Eigenthümer der Sache zu sein. Und doch sollen nach der allgemeinen Ansicht Julian und Papinian mit den Worten »portio fundi portioni accrescit« haben ausdrücken wollen, dass Accrescenz beim Eigenthumslegate auf Seite des Erwerbenden noch Eigenthum im Augenblicke der Entscheidung der Nichtconcurrenz des Collegatars voraussetze.

Der Ausweg aber, diesen beiden Juristen ein Uebersehen zuzuschieben, scheint mir bei dem vollsten Bewusstsein der Fehlbarkeit der Einzelnen und so auch der römischen Juristen doch zu wenig verlockend, als dass ich mich der allgemeinen Auffassung von der Argumentation Julians und Papinians in der l. 33 § 1 cit. anschliessen könnte. Dass nach meiner im Vorausgehenden dargelegten Auffassung des Papinian- bezw. Julianischen Argumentations-

---

[1]) l. 34 D. 9. 2 Titio et Sejo Stichum legavi; deliberante Sejo, quum Titius vindicasset legatum, Stichus occisus est; deinde Sejus repudiavit legatum. Perinde Titius agere poterit, ac, si soli legatus est. Hiezu ausser der S. 10 Anm. 3 oben alleg .l. 35 eodem die l. 36 pr. D. 9. 2. Nam sicut repudiante legatario legatum heredis est actio, perinde ac si legatum non esset, ita huius quoque actio est, ac si soli legatus esset.

satzes derselbe auch auf die beiden ebenerwähnten Fälle seine buchstäbliche Anwendung finden kann, bedarf wohl keiner längeren Erörterung; die portio wurde eben vermöge der rückwirkenden Kraft der Accrescenz als bereits am dies veniens accrescirt gedacht, an welchem in beiden Fällen die ursprüngliche portio noch existent und im Eigenthum des Erwerbenden war.

Die Aufgabe bei Erörterung des Schlusssatzes der l. 33 § 1 war nur darauf gerichtet, Julian und Papinian vor dem Vorwurfe eines Uebersehens zu vertheidigen. Dadurch dass auf Grund der zu Lebzeiten dieser beiden Juristen für das Anwachsungsrecht aus Legaten massgebenden Grundsätze die Geltung des Schlusssatzes »quoniam—adcresceret« für jeden einzelnen Fall der Accrescenz bei Legaten aufrecht erhalten wurde, wäre streng genommen dieser Theil der gestellten Aufgabe erledigt. Da aber eben die l. 33 § 1 cit. den Julian- bzw. Papinianischen Satz in unveränderter Form wiedergibt, sei an dieser Stelle eine kurze Betrachtung darüber eingefügt, ob und inwieweit sich obiger allgemeiner Satz für die Anwachsung aus Legaten auch noch nach justinianeischem Rechte [1]) rechtfertigen lässt.

Justinian hat durch l. 1 Cod. 6. 43 (vom Jahre 529) den Unterschied der verschiedenen Legatsformen aufgehoben (ja durch l. 2 eodem 2 Jahre später den Legaten auch noch die Fideicommisse gleichgestellt) und im Jahre 534 durch die l. unica Cod. de cad. toll. unter Aufhebung der caducorum vindicatio das alte Anwachsungsrecht, wie es vor der lex Papia bestanden, wiederhergestellt. Die in der lex unica Cod. cit. über das Anwachsungsrecht des Näheren enthaltenen Bestimmungen waren für die weitere Geltung des Anwachsungsrechtes massgebend. Hier kommen von diesen Bestimmungen hauptsächlich zwei in Betracht. Die erste [2]) ist die Ausdehnung des Anwachsungsrechtes consequenter Weise auf alle Legate,

[1]) Hier noch eine weitere Unterscheidung zu treffen zwischen der Geltung dieses Satzes zur Zeit der Aufnahme der l. 33 in die Digesten und zwischen seiner Geltung nach der l. un. Cod. de cad. toll. ist keine Veranlassung gegeben, da wenn auch diese Constitution Justinians erst nach der Abfassung der Digesten erlassen wurde, sie doch zur Zeit der Publikation der Digesten vielleicht schon entworfen, jedenfalls aber ihrem Inhalte nach schon beschlossen war. Glück Bd. 48 S. 4; Schneider A. R. S. 237.

[2]) Glück Bd. 48 S. 6 u. ff. insbesondere Anm. 8 u. 9 dortselbst.

ja auf jegliche Anordnung von Todeswegen; die zweite ist die Unterscheidung [1]) zwischen Accrescenz auf Grund conjunctiver oder disjunctiver Legatseinsetzung, wonach [2]): wenn Mehreren Etwas in einer Satzverbindung vermacht war, der Vermächtnisstheil eines Wegfallenden, den Uebrigen nur accrescirte, wenn sie wollten aber dann cum onere — wenn Mehreren dagegen dasselbe in getrennten Sätzen vermacht war, die Uebrigen den Vermächtnisstheil eines Wegfallenden von selbst und zwar sine onere erhielten. Durch diese Bestimmungen wurde das Anwachsungsrecht, das bei dem alten Vindicationslegate nur ein jus non decrescendi war, zu einem wirklichen jus accrescendi [3]), denn es lag ja nun wenigstens bei conjunctiver Berufung im Willen der Legatare den accrescirenden Theil zu erwerben oder nicht; von einer ipso jure eintretenden Accrescenz mit Rückbeziehung auf den dies veniens konnte nun im Allgemeinen nicht mehr die Rede sein. Sobald aber keine Rückbeziehung mehr stattfand, konnte auch der Satz »quoniam — adcresceret« keine allgemeine Bedeutung mehr haben; denn wollte man ihm eine solche zuschreiben, so kam man wieder mit den oben genannten Fällen, in welchen ein Legatar den accrescirenden Eigenthumsantheil erwirbt, obwohl er die ursprüngliche portio nicht mehr zu eigen hat, in Conflict.

Dass dieser Satz gleichwohl in so allgemeiner Fassung in die Digesten eingereiht wurde, ist einem durchaus nicht einzeln dastehenden Versehen zuzuschreiben, in Folge dessen die mit der Zusammenstellung der Digesten betrauten Juristen, ohne sich des Widerspruches, zu dem nunmehr seine allgemeine Fassung führen konnte, bewusst zu sein, den allgemeinen Satz sammt dem Beispiele, zu dessen Begründung er angeführt war, in ihr Sammelwerk [4])

---

[1]) Text der betr. Best. Justinians s. Glück Bd. 48 S. 7.

[2]) Glück Bd. 48 S. 20. — Dies die Auffassung der gemeinrechtlichen Doctrin. Gegentheilige Erklärung des § 11 der l. un. Cod. cit. Schneider A. R. S. 257 Widerlegung Schneiders — Glück Bd. 48 S. 9 u. ff. sammt Anm. Literatur insbesondere Glück S. 9 Anm. 11, S. 11 Anm. 14 und S. 19 Anm. 27.

[3]) P. J. Heisler diss. de jure accrescendi in legatis semper non decrescendi. Halae 1759; Glück 48 S. 18 Anm. 23.

[4]) Mir scheint es viel eher thunlich auf ein Versehen der Juristen bei Zusammenstellung der Digesten hinzuweisen, als eine Gedankenlosigkeit Julians und Papinians bei einer Beweisführung anzunehmen. Dass man aber ohne ein solches Versehen bei Zusammenstellung der Digesten anzunehmen den Satz portio — adcresceret als auch nach justin. Rechte noch allgemein geltenden Satz ansah,

mitaufnahmen, obwohl diejenigen Grundsätze, welche sein Entstehen hervorgerufen hatten, gerade durch Justinian umgestossen worden waren.

Uebrigens kann dem Satze »quoniam—adcresceret« in einem anderen Sinne auch noch nach justinianeischem Rechte eine allgemeine Bedeutung beigelegt werden, indem die Anwachsung beim Proprietätslegate auch zu Gunsten der Erben des erwerbenden Legatars eintritt [1]), wenn der Nichterwerb des Mitberufenen sich erst nach dem Tode des Erwerbenden entscheidet — also die portio der auf den Erben übergegangenen portio accrescirt, während die Anwachsung beim Ususfructuslegate natürlich nur zu Gunsten der Person des Legatars selbst eintreten kann — also hier die portio nur personae ipsi accrescirt.

---

führte zu der allgemeinen Auffassung, das in l. 33 § 1 auf die positive Function der exc. r. j. hingewiesen sei. Nach justin. Rechte trat ja die Accrescenz auch beim Eigenthumslegate ohne Rückbeziehung auf den dies veniens ein; nahm man daher im gegebenen Beispiele an, dass die exc. r. j. entgegenstehe, weil ein Eigenthumsantheil immer dem anderen accrescire, so musste man zu dem Schlusse kommen, dass hier der Klage auf die portio adcrescens die exc. r. j. desswegen entgegenstehe, weil in dieser Klage ein Anspruch, über welchen bereits als solchen geurtheilt ist (Eigenthum an der ursprünglichen portio) als Voraussetzung eines anderen Anspruches (Eigenthum an der accrescirenden portio) vorgebracht wird. (Windscheid die actio l. cit.)

[1]) l. 26 § 1 D. 35. 1. Cum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur, aut cum alter pure alter sub conditione heres scriptus est, pars legati vel hereditatis deficiente conditione adcrescit etiam heredi eius, cui pure legatum est vel hereditas data est, si tamen hereditas ejus adita fuerit. cf. l. 9 D. 38. 16.

II. Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit ....

Die Ausdrucksweise „in quibusdam casibus" zeigt schon von selbst darauf hin, dass für die Regel der Satz gilt: „usumfructum partis effectum optinere convenit". Es wird sich daher in nachfolgender Erörterung darum handeln, vor Allem die Regel zu entwickeln, von welcher der Ueberschriftssatz eine Ausnahme bildet, sodann aber darum, die Ausnahmsfälle, auf welche in der lex 33 § 1 cit. hingewiesen ist, zu erläutern, wobei die Geltung des Julianisch-Papinianischen Beispieles zu dem vorangestellten Satze nach justinianeischem Rechte noch des Näheren zu besprechen sein wird.

Vor Entwicklung der oben gedachten Regel eine kurze Betrachtung über das Verhältniss des ususfructus zum Eigenthum.

Eigenthum [1]) ist dasjenige Recht an einer Sache, kraft dessen die Sache (im gegebenen Falle der fundus) in der Gesammtheit ihrer Beziehungen dem Willen des Berechtigten (d. i. des Eigenthümers) unterworfen ist; wird die eine oder andere dieser Beziehungen zur Sache (z. B. die Befugniss die Sache auf jede Weise aber ohne Eingriff in ihre Substanz zu nützen, welche einem Anderen als dem Eigenthümer der Sache zustehend eben ususfructus [2]) genannt wird) dem Willen des Eigenthümers entzogen, so hört er darum nicht auf Eigenthümer der Sache zu sein, denn die Sache ist solange ganz sein eigen als nicht ein Anderer sagen kann, dass irgend ein Theil der Sache ihm gehöre [3]). Dass aber derjenige, der nur den ususfructus an der Sache hat, **nicht** sagen

[1]) Windscheid, Pand. § 167.

[2]) Windscheid, Pand. § 203.

[3]) l. 25 D. 50. 16 (siehe diese lex Seite 21 Anm. 2).

könne ein Theil des fundus sei sein eigen, versteht sich von selbst, denn ein Recht kann doch nicht ein Theil einer Sache sein. Aber ebensowenig als der usufructus Theil des fundus[1]) ist, ebensowenig ist er ein Theil des Eigenthums[2]), denn der Begriff usufructus gehört weder zum Inhalte noch zum Umfange des Begriffes Eigenthum, nicht zum Inhalte, weil er gerade die Beziehung eines Nichteigenthümers zu einer Sache bezeichnet — diese Beziehung zur Sache, welche einem

---

[1]) l. 13 § 2 D. 46. 4. Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usumfructum vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui enim accepto facit vel totum vel partem ejus quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel parietem vel diaetam.

l. 66 § 6 D. de leg. II. Fundo legato si usufructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usufructus enim etsi in jure non in parte consistit emolumentum tamen rei continet: enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus.

[2]) l. 25 D. 50. 16. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut ita via et iter; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Julianus, et est verius. § 1 Quintus Mutius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Hiezu Wirth, libertatis usucapio S. 42: „Das Eigenthum, sagt Paulus mit anderen Worten, besteht wesentlich darin, dass der Berechtigte sagen kann: res mea est ex jure Quir. Daher wird bei der Frage, ob etwas ganz unser Eigenthum sei, Alles darauf ankommen, ob wir dies hinsichtlich des ganzen Körpers behaupten können. Hier nun wird gefragt, ob der usufructus eine Minderung des Eigenthums enthält und consequent die Frage verneint, weil man nicht sagen kann, dass irgend ein Theil des Körpers auf den Usufructuar übergegangen sei. Wenn Paulus, scheinbar hievon abweichend, in l. 4 D. 7. 1 behauptet: — Ususfructus in multis casibus pars dominii est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest — so soll dies offenbar nichts anderes heissen, als: der Ususfructus wird in vielen Fällen wie ein Theil des Eigenthums behandelt. Denn der Ususfructus kann nicht zugleich ein Theil und Nichttheil des Eigenthums, er muss entweder das Eine oder das Andere sein. Dass nun das Letztere der Fall sei, hat Paulus in der ersten Stelle bestimmt und mit Gründen behauptet. Die zweite Stelle enthält keinen Widerspruch, vielmehr nur eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt der ersten Stelle und liegt in beiden folgender Gedanke: der Ususfructus ist freilich kein Theil des Eigenthums, sonst müsste ein Theil des Körpers auf den Usufructuar übergegangen sein; aber in vielen Fällen wird er doch so behandelt."

Anderen als dem Eigenthümer zustehend usufructus genannt wird, ist demnach, wenn sie auch in der Regel zwischen dem Eigenthümer und der Sache existent ist, kein Merkmal des Begriffes Eigenthum, da sie nicht nothwendig zu seinem Inhalte gehört — nicht zum Umfange, weil er als Recht an einer fremdem Sache nicht der Vorstellung „Eigenthum" das ist „Recht vollkommener Herrschaft über eine Sache" subordinirt ist, sondern vielmehr mit dieser Vorstellung coordinirt der umfassenderen Vorstellung „Recht an einer Sache" untergeordnet ist. Ist der usufructus, das Niessbrauchsrecht nun zwar kein Theil des Eigenthumsrechtes, so [1]) sind die Befugnisse, welche kraft des usufructus dem Usufructuar zustehen, doch fast die bedeutendsten, welche kraft des Eigenthumsrechtes dem Eigenthümer zustehen können; das Eigenthumsrecht hat nach Entziehung derjenigen Befugnisse, welche für einen Anderen das Nutzniessungsrecht bilden, fast nur noch dadurch einen praktischen Werth für den Eigenthümer, dass er eben durch dasselbe sichere Aussicht auf den seinerzeitigen Heimfall dieser Befugnisse hat.

Es ergibt sich also, dass der usufructus diejenigen Beziehungen zu einer Sache als selbständiges Recht repräsentirt, die von der Gesammtheit der Beziehungen, in welcher eine Sache kraft des Eigenthums dem Berechtigten unterworfen ist, die werthvollsten sind und es ist demgemäss nur natürlich, dass in jenen Fällen, in welchen eine Beziehung zwischen Erwerb oder Verlust von usufructus und Erwerb oder Verlust von Eigenthum besteht, der usufructus regelmässig (in multis casibus) als Theil des Eigenthums behandelt wird (pars dominii est). Dass diese Regel wirklich ganz allgemein galt, ist aus der Reihe der nachfolgenden Pandektenstellen, in welchen in diesem Sinne entschieden ist, ersichtlich:

l. 70 § 2 D. 46. 1. Si reo in fundum obligato, fidejussor in usumfructum accipiatur, quaesitum est, utrum obligetur fidejussor, quasi in minus, an non obligetur, quasi in aliud? Nobis in eo videtur dubitatio esse, usufructus pars rei sit, an proprium quiddam? sed quum usufructus fundi jus sit, incivile est, fidejussorem ex sua promissione non teneri.

Hienach kann, wenn A einen fundus schuldet, C mit voller Gültigkeit als Bürge für den usufructus an diesem fundus angenommen werden. Bei Aufstellung dieses Grundsatzes entschied

[1]) l. 66 § 6 D. de leg. II (siehe oben S. 21 Anm. 1 . . . emolumentum tamen re continet . . .).

Gajus die Frage, ob hier ein Obligatio des Bürgen quasi in minus (also quasi in partem rei obligatae) oder ein Nichtgebundensein desselben wegen Verschiedenheit des Gegenstandes anzunehmen sei, dahin, dass der Bürge obligirt werde, cum ususfructus fundi jus est, da der ususfructus ein Recht auf den in Obligation befindlichen fundus ist (fundi ist hier natürlich Genitivus objectivus cf. l 1. D. 8. 1). Die Bürgschaft für den ususfructus wird hier also gleichgeachtet der Bürgschaft für einen Theil des fundus und ist daher[1]) rechtsverbindlich.

l. 76 § 2 D. de leg. II. Dominus herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

Hiezu die l. 66 § 6 eodem (deren Inhalt auf Seite 21 Anm. 1 bereits wörtlich wiedergegeben ist) und

l. 26 eodem (de leg. II). Is, cujus in servo proprietas erat, fructuario herede instituto, alicui eum servum legavit. Non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet, non relicto heredi usufructu.

Aus den eben angeführten drei Stellen erhellt, dass wenn der Testator einen fundus oder Sklaven, an welchem ihm nur die nuda proprietas zustand, einem Dritten non detracto usufructu vermacht hatte, der Erbe verpflichtet war, dem Legatar auch den Ususfructus am legirten fundus oder Sklaven zu verschaffen. Dass der Grund hiefür der war, dass der ususfructus als portio angesehen wurde, ist in den beiden ersten Stellen ausdrücklich gesagt (quoniam fructus portionis instar obtinet, welchem Satz in der Bedeutung gleich zu achten ist: ususfructus enim etsi in jure non in parte consistit emolumentum tamen rei continet).

l. 58 D. 45. 1. Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicut qui decem deinde quinque

[1]) l. 9 D. 46. 1. Fidejussores et in partem pecuniae et in partem rei recte accipi possunt.

stipulatur nihil agit. Item si quis fructum deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit, nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt.

Wer sich zuerst den Ususfructus an einem fundus und dann eben diesen fundus versprechen lässt, gleicht demjenigen, welcher sich zuerst einen Theil, dann das Ganze versprechen lässt; dasselbe im umgekehrten Verhältniss gilt für denjenigen, welcher sich zuerst den fundus und dann den ususfructus an diesem fundus versprechen lässt.

l. 38 § 3 D. 45. 1. Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit vel de usufructu vel de usu vel de quo alio jure ejus, quod distractum est, palam est committi stipulationem: habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure quod habuit.

Auch hier wird die Inanspruchnahme des ususfructus Seitens eines Dritten, als Minderung des dem Eigenthümer kraft seiner Eigenschaft als solcher am fundus zustehenden Rechtes, das ist als Entziehung eines Theiles des Eigenthumsrechtes betrachtet.

l. 21 § 3 D. 44. 2. Si fundum meum esse petiero, deinde postea usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat, meus sit, exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest. Sed si usumfructum, quum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usu fructu experiar, potest dici alia res esse, quoniam, postquam nactus sum propietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis quasi ex nova causa rursus meus esse coepit.

Hiezu l. 7 pr. D. 44. 2[1]).

Wenn Jemand einen fundus im Eigenthumsprocesse gewonnen hat und hinterher aus demselben Grunde, auf welchem er die Eigenthumsklage gestützt hatte, den ususfructus an diesem fundus gerichtlich fordert, so steht ihm die exceptio rei judicatae ent-

[1]) l. 7 pr. D. 44. 2. Si quis quum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet; nam pars in toto est; eadem enim res accipitur, esti petatur ejus, quod totum petitum est, nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio. etc.

gegen. Aus der Begründung hiefür in l. 21 § 3 cit. „quia qui fundum habet usumfructum suum vindicare non potest" möchte man auf den ersten Blick zu der Meinung gelangen, Ulpian habe hier an die positive Wirkung der exceptio rei judicatae gedacht; doch ergiebt sich aus dem folgenden Satz: „Sed si ususfructum etc.", dass Ulpian mit den angeführten Worten nicht sagen wollte, dass der, welcher den fundus besitzt, den ususfructus an diesem fundus nicht vindiciren könne, sondern vielmehr, dass der, welcher den fundus auf Grund ebenerfolgter Zutheilung im Vindicationsprocesse besitzt, nicht hinterdrein ex eadem causa noch den ususfructus vindiciren könne, nam si quis, quum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet.

l. 27 § 8 D. 2. 14. Item si pactus, ne hereditatem peterem, singulas res ut heres petam, ex eo, quod pactum erit; pacti conventi exceptio aptanda erit; quemadmodum si convenerit, ne fundum peterem, et usumfructum petam, aut ne navem aedificiumve peterem, et dissolutis his singulas res petam, nisi specialiter aliud actum est.

Auch hier wird das Verhältniss des ususfructus zum fundus für das gleiche angesehen, wie das Verhältniss der einzelnen Erbschaftssachen zur Erbschaft.

Cujacius (siehe seinen Commentar zu Papinian lib. XVII ad l. 33 § usumfructum, worin alle bisher erwähnten Stellen besprochen sind) setzt bei Erörterung dieser Stelle noch bei: Sed et si petiero fundum, nec obtinuero deinde fundo pars adcreverit quaedam, nec partem adcrescentem petere possum, quae adcrevit post rem judicatam, quia cujus non esse fundum judicatum est, et partem adcrescentem ejus non esse, judicatum est. Ergo nec ususfructus ei acquiretur, qui proprietati adcrescit mortuo usufructuario aut capite minuto. Wenn Jemand im Eigenthumsprocesse einen fundus verloren hat, so kann er natürlich den durch Tod oder cap. min. des bisherigen Usufructuars der Proprietät wieder heimfallenden Ususfructus ebensowenig gerichtlich geltend machen, wie wenn er den ersten Process gewonnen hätte, da ja in diesem Falle der ususfructus der Proprietät zurückfällt und nur ex causa proprietatis gefordert werden könnte, während über diese causa bereits geurtheilt ist. Hiebei ist wohl zu beachten, dass das Accresciren des Ususfructus im Sinne von Heimfall an die Proprietät keine superveniens causa bildet und dass der Ususfructus im vorliegenden Falle desshalb nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden kann,

weil über das Ganze, als dessen Theil er behandelt wird, bereits geurtheilt ist.

l. 13 § 1 D. 46. 4. Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, utputa si servitus fuit praedii rustici vel urbani. Plane si usufructus sit in stipulatum deductus, puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri, et erit residuae partis fundi usufructus . . . . . .

Wer sich einen fundus hatte versprechen lassen (in Stipulationsform), konnte vollkommen wirksam fundum pro parte acceptum facere. Fand nun dasselbe, wie aus der eben angeführten l. 13 § 1 in der That ersichtlich, auch beim usufructus statt, so wurde der usufructus eben wie ein Theil des fundus resp. des dominium fundi behandelt.

Gegen die oben aufgestellte Regel scheinen nun allerdings die l. 13 § 2 D. 46. 4 und unsere l. 33 § 1 D. 7. 1 zu sprechen.

l. 13 § 2 D. 46. 4. Illud certum est, eum, qui fundum stipulatus usumfructum vel viam accepto faciat, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat; qui enim accepto facit, vel totum, vel partem ejus, quod stipulatus est, debet accepto facere; hae autem partes non sunt, non magis, quam si quis domum stipulatus accepto ferat caementa, vel fenestras, vel parietem, vel diaetam.

In dieser Stelle ist gesagt, dass, wenn die stipulatio auf den fundus gerichtet ist, die acceptilatio über einen Theil dieses fundus vollkommen gelte, nicht jedoch die acceptilatio, die den ususfructus an diesem fundus zum Gegenstand habe. Hieraus muss man nun den Schluss ziehen, dass in diesem Falle der Erwerb bezw. Verlust des ususfructus nicht dieselbe Wirkung in Beziehung zum Eigenthum äussere wie der Erwerb bezw. Verlust eines Theiles des fundus oder vielmehr des Eigenthums an einem Theile des fundus. Woher diese ausnahmsweise Wirkung kommt, wird deutlich aus dem Wesen der acceptilatio. Die acceptilatio war die liberatio in Form von Frage und Antwort von einer in Form der stipulatio eingegangenen obligatio und war wie die stipulatio ex solemni jure. Sollte die obligatio aufgehoben werden, so musste natürlich der Gegenstand, auf welchen die acceptilatio gerichtet war, übereinstimmen[1]) mit

[1]) l. 14 D. 46. 4. Nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, et nisi verum est, quod in acceptilatione demonstratur, imperfecta est liberatio, quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt.

dem durch die stipulatio in obligationem deducirten Gegenstande. — „Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? — Habeo“ [1]) hiess die alte Formel für die acceptilatio. Man sah dabei so peinlich darauf, dass durch die acceptilatio eben das getroffen wurde, was stipulirt worden war, dass noch Gajus [2]) sagt: an autem in partem debiti acceptum fieri possit, quaesitum est. Justinian hat nun diese Frage in bejahendem Sinne entschieden [3]). Die Form, wie diese theilweise Acceptilation vor sich ging, finden wir in l 9 D. h. t. angegeben: „ex nummis decem, quos tibi promisi, quinque habesne acceptos?“ oder „quod ego tibi promisi, id pro parte dimidia habesne acceptum?“ In beiden Formeln ist immer nach dem gefragt, was stipulirt worden war. Sehr wohl ging es daher an, die zu gebrauchenden Worte nur auf einen Theil des Stipulirten zu richten, denn die solemnia verba blieben ja dabei gewahrt. Ein Anderes war aber der Fall, wenn ein fundus stipulirt worden war und die daraus entsprungene obligatio nun theilweise durch Gewährung des Ususfructus an diesem fundus getilgt werden sollte. In die strenge Form der acceptilatio war diese theilweise solutio nie und nimmer zu kleiden; die acceptilatio konnte bei der vorausgehenden stipulatio nur fundum oder fundum pro parte (z. B. dimidia) treffen. Eine acceptilatio die ungefähr gelautet hätte: „ usumfructum ejus fundi, quem tibi promisi, habesne acceptum“ wäre eben um desswillen ungiltig gewesen, weil die eigenwillige Construction einer Form für einen legitimus actus, dessen gesetzlich festgesetzte Form auf's peinlichste eingehalten werden musste, den ganzen actus ungiltig machte. Der Grund, warum also bei vorausgehender stipulatio des fundus die acceptilatio eines wirklichen Theiles des fundus giltig, die acceptilatio des ususfructus dagegen nichtig ist, ist ein rein formaler, der eben um desswillen die Richtigkeit der oben aufgestellten Regel in Nichts erschüttern kann. Wenn im Uebrigen auch die acceptilatio des ususfructus gegebenen Falles nicht giltig ist, so hat sie doch dadurch einen ähnlichen Effect wie die acceptilatio in partem debiti, dass tacita pactione id actum videatur, ne usus-fructus peteretur. [4]).

---

[1]) Gaj. III. 169.

[2]) Gaj. III. 172.

[3]) § 1 i. f. Inst. III. 29. . . . . Sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

[4]) l. 17 § 9 D. 2. 14. cf. l. 8 pr. D. 46. 4.

l. 33 § 1 D. 7. 1. .... unde si fundi vel fructus portio petatur et absolutione secuta postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur, in lite quidem proprietatis judicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit Julianus ....

Diese Stelle muss insofern als Zeugniss gegen die Regel — dass der ususfructus gleich behandelt werde, wie ein Theil des Eigenthums — gelten, als aus ihr ersichtlich ist, dass der Erwerb oder Verlust eines Theiles des Eigenthums andere Consequenzen für Erwerb oder Verlust der übrigen Eigenthumstheile nach sich ziehe, als der Erwerb oder Verlust eines Theiles des ususfructus für Erwerb oder Verlust seiner anderen Theile. Dass dies nur eine Folge der sich im alten Rechte speciell beim Ususfructuslegate zeigenden Eigenthümlichkeit der Accrescenz — welche eben beim Ususfructuslegate, trotz der im alten römischen Rechte für die Accrescenz aus Legaten im allgemeinen geltenden Rückbeziehung auf den Tag des ipso jure Erwerbes des Legates, ausnahmsweise als superveniens causa galt — ist, wurde oben schon des Näheren besprochen. Nur diese Eigenthümlichkeit war die Veranlassung zur Ausnahme von der Regel.

Es bleibt hier nur noch übrig darauf hinzuweisen, dass nachdem durch Justinian bei Vermächtnissen auf Grund conjunctiver Berufung der ipso jure Erwerb der accrescirenden Eigenthumsportio aufgehoben war, wohl auch beim Eigenthumsvermächtnisse mit conjunctiver Berufung die Accrescenz nunmehr als superveniens causa gelten musste, so dass unter der Voraussetzung der conjunctiven Berufung und unter der weiteren Voraussetzung, dass der Erwerb des accrescirenden Eigenthumsantheils nicht den Besitz der ursprünglichen portio zur Grundbedingung habe (was oben behauptet wurde), der accrescirende Eigenthumsantheil im obigen Beispiele dieselben Wirkungen äussern musste, wie der accrescirende Ususfructusantheil — der ususfructus demnach partis effectum hatte.

Fasst man schliesslich die Resultate vorliegender Untersuchung über das Verhältniss des Niessbrauches zum Eigenthum nochmals zusammen, so ergibt sich:

Dass der Niessbrauch einerseits, wo es sich um Erwerb oder Verlust von Eigenthum handelt, in seiner Beziehung zum Eigenthum als ein Theil desselben angesehen wird und ihm gegenüber dieselben juristischen Wirkungen äussert wie ein Theil gegenüber dem Ganzen;

dass andererseits bei Erwerb oder Verlust eines Theiles des Niessbrauchs dieselben Consequenzen für die anderen Theile des Niessbrauchs eintreten, wie beim Eigenthum selbst — also auch hier der Niessbrauch als Theil des Eigenthums erscheint, da er scheinbar als Theil, der nichts Anderes ist als ein kleineres Theilganzes [1]) seines Ganzen, bei Erwerb oder Verlust eines Theiles seines Theilganzen denselben Principien unterliegt wie das ursprünglich Ganze.

---

[1]) l. 25 § 1 D. 50. 16. Quintus Mucius ait; partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse; Servius non ineleganter; partis appellatione utrumque significari.

An dieser Stelle fühle ich mich gedrungen, Herrn

Professor Dr. E. A. Seuffert

für das Interesse, welches er an meinem juristischen Studium wie speciell an dieser, auf seine Anregung entstandenen Arbeit nahm, meinen herzlichsten Dank auszusprechen.